

Alemaný, Macario, “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en Munar Bernat, Pedro A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 21-45.

UNA CRÍTICA A LOS PRINCIPIOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD¹

Macario Alemany
Universidad de Alicante

A Olivia, *in memoriam*

1. A CONTRACORRIENTE

Desde mi perspectiva como filósofo del Derecho, el *Proyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOCG de 17 de julio de 2020), que estamos comentando, supone un vuelco de los principios que fundamentaban el tratamiento de la discapacidad en nuestra cultura jurídica. En este sentido, la reforma bien puede decirse que es radical.

Desde que España ratificó la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención), y, sobre todo, desde que el *Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad* (en adelante, el Comité) emitiera la famosa *Observación General nº 1 (2014)* (en ade-

¹ Para la realización de este trabajo he contado con la ayuda del Proyecto de investigación DER2017-86643-P del gobierno español.

lante, la Observación), se ha producido una total desestabilización de la doctrina sobre el régimen jurídico de la discapacidad, que afecta a los nuevos principios que se manifiestan públicamente como válidos, a las reglas que se supone que son la especificación de dichos principios, a las interpretaciones que hacen los jueces de dichas reglas, a las que hacen algunos agentes sociales implicados en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, etc.

Las consideraciones que a continuación presentaré, las cuales ya anuncio como fuertemente críticas con los principios que inspiran la reforma, no deben ser vistas como una defensa cerrada ni del concreto régimen jurídico de la discapacidad que había hasta ahora, ni de los efectos sociales que este régimen jurídico venía produciendo. Por ejemplo, como muchos otros profesionales implicados en este tema, con frecuencia me ha parecido que, en algunas ocasiones, no se justificaba suficientemente la preferencia por el régimen de la tutela frente a opciones menos restrictivas de los derechos de libertad como la curatela, o que algunas medidas tradicionalmente aceptadas, como la privación del derecho al voto por disposición judicial, merecían una revisión crítica. También he sostenido que una de las condiciones necesarias para justificar una interferencia paternalista es que la persona afectada prestaría su consentimiento (hipotético) en ausencia de los déficits que limitan su autonomía, lo cual implica atender a sus circunstancias, pasadas y presentes, y le da cierto peso a sus preferencias.

Mi intervención en esta obra no se referirá principalmente a las reglas concretas de la reforma y, quizás por ello, algunos encuentren reforzada la idea, el tópico, de que la filosofía vuela demasiado alto. Y es posible que así sea porque me centraré en los principios. Creo que es en relación con los principios donde se perdió prontamente, y casi sin lucha, la batalla y que, una vez rendidas algunas ideas esenciales, racionales, diversos factores han contribuido a que el discurso crítico con esta reforma carezca casi de total relevancia. No se trata de algo específico del tema de la discapacidad, sino de un empobrecimiento general del “ágora pública” que hace cada vez más difícil la discusión racional sobre cualquier tema.

Muy brevemente, sobre las causas de este empobrecimiento, destacaré, en primer lugar, el cambio sustancial que en nuestro mundo supone internet. Coincido plenamente con Sartori en su certero (y temprano) análisis sobre las consecuencias negativas del abandono del libro por las pantallas, una involución que él resume con la idea del “homo videns” (SARTORI: 1998). En segundo lugar, el poder global alcanzado por las empresas en la era post-capitalista y sus sofisticadas nuevas formas de producción empresarial se han tomado como modelo por otras instituciones sociales, de modo que, en realidad, se han apartado de sus propios fines. Se ha producido, como advirtió Ritzer, una verdadera “macdonalización” de la sociedad (RITZER: 1996). En particular, estoy pensando en las universidades y los partidos políticos. Las primeras, lejos de constituir un santuario del pensamiento crítico y de la excelencia intelectual, muestran en muchos frentes una fuerte tendencia al sectarismo y a la sustitución de lo verdade-

ramente excelente por todo tipo de evaluaciones formales, rankings, listas, escalas, etc., conectadas con una imagen pública y un marketing orientado a conseguir una financiación suficiente. Los partidos políticos de los países democráticos, y la política en general, no parecen más que mirar a un mercado electoral y a un “tacticismo” en el que cualquier novedad puede ser aceptada si es que se piensa que dicha aceptación conllevará el premio de algunos votos. Como consecuencia de estos dos factores, hay un ruido enorme sobre cualquier cuestión y una ausencia igualmente estruendosa de responsabilidad por parte de aquellas instituciones que, como las universidades o los partidos políticos, deberían ayudar a que exista una opinión pública mínimamente informada. En mi opinión, la extendida concepción postmoderna de la realidad como una construcción social, en la que confluyen diversos relatos y cada uno es igualmente válido (concepción que está en el trasfondo de muchas de las cosas que se han asumido en torno la discapacidad), tiene algo que ver con hacer de la necesidad virtud: ante el imparable crecimiento de lo “*fake*”, el abandono de la búsqueda de la verdad.

En tercer lugar, otro de los factores, vinculado a los anteriores, y en particular al papel de las universidades, que perjudica al pensamiento crítico es el triunfo de la ideología de lo políticamente correcto. Conviene detenerse en este punto.

De acuerdo con Álvarez Ortega, lo “políticamente correcto” es “un mecanismo de interdicción lingüística que, so pretexto de acomodación a una ideología progresista y centrada en la visibilización de las minorías en el espacio público, así como en la remoción de afrentas históricas, impone la evitación de unidades pretendidamente portadoras de connotaciones discriminadoras a favor de otras pretendidamente neutras e integradoras” (ÁLVAREZ ORTEGA, 2010: 336). En el marco de este concepto contienen diversas concepciones de lo políticamente correcto. En una versión, a mi juicio tan razonable y moderada como poco extendida, la idea tendría dos aspectos principales. En primer lugar, que ciertas formas de hablar irrespetuosas pueden tener un efecto social de perpetuación de relaciones de discriminación racial, sexual, etc. Ello sin necesidad de que las personas que hablan de ese modo asuman conscientemente alguna forma de discriminación; en algunos casos, porque son las mismas personas discriminadas quienes comparten ese lenguaje. En segundo lugar, también se admite la validez de un principio de ofensa, de acuerdo con el cual las personas pertenecientes a grupos discriminados tienen derecho a no ser ofendidos, aunque la ofensa consistiera únicamente en la práctica de un habla común en una sociedad. Correlativamente, habría una razón, aunque solo fuera “prima facie”, para una obligación por parte de los hablantes de limitarse en el uso de ciertas expresiones. El habla adquiere así una mayor significación moral, política y jurídica.

Esta idea de lo políticamente correcto, con sus dos aspectos, es bastante sencilla y, como digo, muy difícil de rechazar. Pero lo que ha triunfado hoy en día es otra cosa: una ideología que amenaza seriamente la pervi-

vencia del pensamiento crítico pues, con frecuencia, da lugar a un lenguaje único que se traduce rápidamente en un pensamiento único. Como señala Álvarez Ortega, las repercusiones de la extensión de lo políticamente correcto, con su recurso continuo a los eufemismos en relación con situaciones en las que las personas padecen una enfermedad o una discapacidad, “crean un espejismo de simetría que puede llevar a reivindicaciones y situaciones cuya eventual discusión, además, constituye una auténtica incorrección política” (ÁLVAREZ ORTEGA, 2010: 338). Por otro lado, si en un principio fueron los grupos vinculados a la izquierda política quienes, en defensa de la igualdad y contra formas de discriminación seculares, hicieron uso de lo políticamente correcto, hoy en día también los grupos de la derecha y la ultraderecha política se han sumado a la reclamación de un lenguaje “respetuoso” con su identidad. En definitiva, lo políticamente correcto ha derivado en una absolutización del principio de ofensa, de modo que basta con asumir que una creencia o forma de vida, o mera costumbre, forma parte de la identidad de un grupo, para que este grupo reclame su derecho a que no sea criticada. Añádase a esto, como señalé más arriba, el fenómeno de las redes sociales y se obtendrá una situación que yo calificaría de alarmante falta de libertad de discusión.

En las redes sociales, con mucha frecuencia en relación con los temas que nos ocupan, no se da una nueva forma de retórica o de dialéctica, o si se quiere, se está en el límite de lo que puede ser considerado un comportamiento discursivo. Mentir, insultar, despreciar, ridiculizar, etc., son ciertamente actividades lingüísticas, pero su combinación en hilos interminables donde cada uno aporta su mentira, insulto, etc., no equivale a una discusión en absoluto. La extrapolación, la fragmentación del discurso, la prioridad de la imagen o la palabra aislada sobre el argumento, combinadas con un ejercicio irresponsable del periodismo en los *mass media* tradicionales, siempre dispuestos a multiplicar el impacto de algo porque simplemente resulta impactante, crean una situación en la que quienes debieran ser críticos tienen miedo a verse de repente en medio de esta arena de la que nadie sale indemne.

Finalmente, a la complejidad y dificultad de análisis de los cambios en el tema de la discapacidad, y otros relacionados, contribuye la influencia de la ideología dominante en los Estados Unidos, en particular de su concepción de la dignidad reducida a autonomía y esta reducida a libertad, entendida como ausencia de interferencias de terceros, especialmente cuando ese tercero es el Estado. No conviene olvidar que lo que llamamos “globalización” es, con mucha frecuencia, la expansión de un localismo. El Comité de NU constituye, en mi opinión, un buen ejemplo de esto último: sus observaciones sobre la Convención, muy en particular la Observación de 2014 sobre el artículo 12, convierte en doctrina universal una serie de principios con un fuerte sesgo cultural. En el surgimiento y desarrollo del denominado “modelo social de la discapacidad”, que ha hecho suyo el Comité, es fundamental el “movimiento de vida independiente” (Palacios, 2008: 103 y ss; Shapiro, 1994), cuya matriz ideológica es la cultura dominan-

te estadounidense, en la que la iniciativa privada es considerada siempre mejor que la pública, en la que, por ejemplo, privar a los ciudadanos del derecho a llevar armas también es visto por muchos como un atentado a la dignidad. En esta materia ha ocurrido algo similar a la recepción acrítica en España de la bioética desarrollada en los Estados Unidos, de modo que se puso en el centro de la agenda al tema del consentimiento informado (de especial relevancia en una sanidad privada, donde las relaciones médico-paciente son entendidas como de naturaleza contractual), olvidando casi por completo que los problemas de nuestra sociedad no son los mismos: por ejemplo, no prestando atención al problema del sostenimiento de los sistemas públicos de salud y las responsabilidades éticas de sus usuarios en este sostenimiento.

En definitiva, en lo que sigue, trataré de defender una posición que, por los factores que acabo de mencionar, tiene muy pocos visos de ser considerada seriamente, puesto que ha caído ya en el pozo de lo que es casi imposible discutir racionalmente: me refiero a la defensa del paternalismo jurídico.

2. LA IDEA DE PATERNALISMO JURÍDICO

2.1. Una recaída en el viejo anti-paternalismo

La reforma que se propone tiene como una de sus principales finalidades el superar visiones paternalistas en torno a la discapacidad que se consideran, de acuerdo con el preámbulo del proyecto, “periclitadas”. El principio paternalista es desplazado por un principio de autonomía absoluto, que obliga al respeto a la voluntad y a las preferencias privadas de los adultos en cualquier circunstancia. Aquí está, a mi juicio, la piedra angular de todo el nuevo sistema: en la recuperación del viejo, y creíamos superado, antipaternalismo, cuya expresión canónica se encuentra en el famoso pasaje del *On liberty* de John Stuart Mill:

“El objeto de este ensayo –dice John S. Mill– es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjui-

cio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle produciría un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (Mill, 1999: 68).

Sin embargo, esta pretendida superación del paternalismo no es, a mi juicio posible o, al menos, no lo es sin generar un estado de cosas difícilmente aceptable. Lo único que se puede conseguir es la sustitución de una forma de paternalismo por otra, o la reducción del grado de paternalismo que se está dispuesto a ejercer o, por supuesto, el cambio terminológico para que desaparezca en el nivel del lenguaje el término “paternalismo”. En la sustitución de una forma de paternalismo por otra no hay superación. Reducir en exceso las interferencias paternalistas desemboca, me temo, en el abandono de quienes, por no estar en condiciones de cuidar de sí mismos, requieren de un especial apoyo de la sociedad y del Estado. Por último, dejar de hablar de “paternalismo”, cuando se sigue ejerciendo solapadamente, solo conduce a disminuir las exigencias a la hora de justificar públicamente determinadas prácticas que, se llamen como se quiera, siguen siendo paternalistas.

En otro lugar me he ocupado por extenso del tema del paternalismo, tanto en su origen como en la discusión contemporánea (ALEMANY, 2006). Pero para nuestro actual propósito, destacaré tres autores que desarrollan sendas ideas importantes en torno al paternalismo: el primero es Gerald Dworkin, quien reintroduce la discusión sobre el paternalismo por medio de proponer una larga lista de frecuentes interferencias en la libertad por parte del Estado, que han sido generalmente asumidas como legítimas. El artículo de Dworkin, “*Paternalism*”, que dio lugar a una enorme serie de comentarios y réplicas, consiguió que se hablara de la posibilidad de un “paternalismo justificado” en un el marco de una sociedad liberal (DWORKIN, 1971). Para Dworkin, algunas interferencias en la libertad coactivas tenían por finalidad beneficiar o evitar daños a los sujetos sobre los que se ejercía la coacción; el socorrido pero eficaz ejemplo de la obligación de llevar casco al conducir una motocicleta, bajo la amenaza de sanción, sería un caso de puro paternalismo.

Ernesto Garzón Valdés, por su parte, en su artículo “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, dirige sus argumentos contra las tesis principales del antipaternalismo estricto de John Stuart Mill (GARZÓN VALDÉS, 1988). Entre otros aspectos, analiza la premisa de Mill según la cual el individuo es siempre el mejor juez de sus propios intereses. Esta tesis puede entenderse de dos modos: como una afirmación de hecho, descriptiva de las capacidades genéricas del ser humano, o como una tesis conceptual sobre qué significa “daño” a los intereses de un sujeto. En el primer sentido, descriptivo, la tesis es, como señala Garzón Valdés, claramente falsa: se expone a infinidad de contraejemplos. De hecho, los avances en psicología del comportamiento de las últimas décadas no han hecho

más que confirmar el error de Mill. No se trata únicamente de que algunos individuos por inmadurez o enfermedad mental no estén en condiciones de cuidar de sus propios intereses, sino que a la luz de los trabajos de Kahneman (Kahneman, 2011) entre otros muchos, cabe sostener que la especie humana está sometida a errores frecuentes en el razonamiento; errores que solo se pueden superar individualmente o bien a partir de un entrenamiento especializado, o bien a través del diseño de un entorno de paternalismo justificado por medio de la llamada “arquitectura de las decisiones correctas” (THALER Y SUNSTEIN, 2009).

La tesis de Mill es tan obviamente falsa que llama a una reinterpretación (caritativa) de la misma. En realidad, a mi juicio, Mill ha sido en parte víctima de la extrapolación continua de ese tan brillante como confuso párrafo en el que enuncia el simple principio antipaternalista. Una lectura completa del libro pone de manifiesto que lo que a Mill más le preocupaba era dejar en manos de la opinión pública, que no expresa más que las preferencias de la mayoría, y mucho más en manos del gobierno, la determinación de lo que conviene a cada individuo cuando se trata de sus intereses más privados, aquellos cuyas consecuencias, malas o buenas, se agotan en el propio sujeto. Esto no debía aplicarse, sin embargo, a los individuos pertenecientes a pueblos que nuestro autor consideraba en estadios culturales primitivos (“el despotismo -dice- es un modo legítimo de gobierno tratándose de bárbaros”; MILL, 1999: 69) o tampoco a los intereses en la alta cultura, que para ser apreciados requieren que el individuo sea, de algún modo, expuesto originalmente a su disfrute sin tomar en consideración su opinión. En resumen, a Mill le parecía imposible que se tomaran medidas genuinamente paternalistas, porque tan solo con admitir esa posibilidad se desencadenaría un proceso de imposición de un único plan de vida: la imposición de una moral por parte de la mayoría social, el Derecho penal o, en general, por medio de la coacción estatal. Se trata de una desconfianza que, en mi opinión, podía tener bastante sentido en el momento y en el lugar en el que Mill escribe, pero difícilmente sostenible hoy en día.

Sin embargo, si la desconfianza de Mill en el estado como agente paternalista parece exagerada, su confianza en las facultades del individuo medio también lo es. Como sostuvo Hart, en su famoso debate con Lord Devlin, el “miedo extremo” de Mill al paternalismo nos lo descubre como un hombre de su tiempo, con una concepción de lo que es un ser humano normal que es falsa: con una idealización de las facultades de lo que él considera una persona de mediana edad, con una escala de valores bien asentada y ordenada, y con unos intereses estables en el tiempo (HART, 1963: 32 y 33). Una visión tan adecuada para legitimar el mercado (donde los intercambios se producen siempre entre sujetos iguales), como errónea.

La otra versión de la tesis milleana, aquella que la hace verdadera por definición, presupone que si bien alguien puede afectar negativamente a sus intereses, nunca puede, en sentido estricto, dañarlos; dicho de otro modo, nadie puede injuriarse a sí mismo, tratarse de forma injusta, llevar

a cabo alguna acción puramente auto-referente que merezca un reproche moral. En este sentido, dañarse a sí mismo es imposible porque, conceptualmente, solo cabe dañar a otros. Se trata de usar un sentido puramente normativo de “daño”, que equivale a injuria o trato injusto, por contraposición a un sentido descriptivo de daño, que equivaldría a la frustración de algún interés del individuo. El problema es que tal sentido *puramente* normativo de daño da lugar a una petición de principio: la tesis equivaldría a decir algo así como el individuo es siempre el mejor juez de los intereses de los cuales solo él puede ser juez. Tan verdadera como irrelevante. Y más allá de la petición de principio, la tesis descansa en una concepción de la dignidad, a la que antes aludí, y que la reduce estrictamente a un principio de libertad individual general; como ha señalado Atienza, la dignidad así entendida equivaldría a la propiedad que un individuo tiene sobre sí mismo, un *ius utendi et abutendi* en la parte de nuestras vidas que solo nos afecta a nosotros mismos (ATIENZA, 2016: 263).

Precisamente Atienza es el tercer autor que quiero traer aquí y a su artículo, “Juridificar la bioética”, en el que, en relación con el paternalismo, insiste en dos importantes puntos: En primer lugar, no se trata de defender un principio de paternalismo sin más, sino que se defiende un principio de paternalismo *justificado*. En segundo lugar, que dicho principio de paternalismo justificado no niega la validez del principio de autonomía, sino que se trataría de un principio secundario al de autonomía pero esencial para la aceptabilidad racional del mismo, puesto que serviría para justificar excepciones. Se aplicaría aquí el tópico de “la excepción confirma la regla” (ATIENZA, 1998).

El principio de paternalismo justificado de Atienza es lo que algunos autores, Feinberg entre ellos, han denominado “paternalismo blando” (*soft-paternalism*) por contraposición al paternalismo duro (*hard-paternalism*) (FEINBERG, 1986:12). En el primer caso, se trataría de un paternalismo ejercido bajo el presupuesto de que la persona tratada paternalistamente muestra algún déficit de autonomía relevante. La finalidad de la intervención es evitar los daños que podrían producirse en ausencia de la misma y causados, en definitiva, por decisiones o acciones de un sujeto insuficientemente voluntarias, autónomas, que muestran un déficit de capacidad, etc. En el segundo caso, la interferencia paternalista se ejerce sobre individuos a los que, desde la perspectiva de quien evalúa la relación paternalista, se consideran capaces de gobernar sus propias vidas. En realidad, no se encuentran casos de paternalismo juzgado como duro por parte de quien lo ejerce, puesto que siempre, en toda relación paternalista, se presume la existencia de algún tipo de déficit en los sujetos tratados paternalistamente. Quizás lo más cercano a una defensa del paternalismo duro la encontramos en las justificaciones del poder absoluto de las monarquías del Antiguo Régimen (por ejemplo, en Filmer), en las que se insiste más en el origen divino del derecho a gobernar de los reyes y en su superioridad natural frente a los súbditos, que en cualquier consideración sobre los defectos del pueblo (si bien no está del todo ausentes). Pero, en general, como digo,

paternalismo duro equivale a paternalismo injustificado y, por tanto, no es una categoría que asuma quien lo ejerce; se trata de una expresión para denunciar un comportamiento, no para justificarlo.

En relación con el carácter secundario del principio de paternalismo justificado, estamos, como he señalado, ante una aplicación del tópico “la excepción confirma la regla”. Este tópico significa, en primer lugar, que no cabe hablar de una excepción si no se presupone la validez de la regla que es exceptuada; en este sentido, la existencia de una excepción nos descubre la existencia de una regla. En segundo lugar, el tópico alude a la racionalidad de manejarse con reglas. Como es sabido, Aristóteles consideraba que la prudencia, la *frónesis* aristotélica, era la virtud principal que correspondía al juez y se manifiesta de forma clara en la capacidad para apreciar una excepción a la aplicación de una regla general. Las excepciones ponen de manifiesto la dimensión axiológica de los principios (que no son vistos únicamente como normas que obligan o prohíben ciertos comportamientos) y su comprensión en el marco de la unidad de la razón práctica. Esta idea de prudencia es la que está ínsita en la noción de principio y de ponderación, la cual es reconducible, en definitiva, a la idea misma de deliberación. Sin el principio de paternalismo justificado, el principio de autonomía se convertiría en una regla absoluta que pide ser aplicada sin excepciones; esta ausencia de excepciones no confirmaría la regla, sino todo lo contrario.

En definitiva, para Atienza, si la regla general es que los adultos pueden gobernar sus propias vidas tomando aquellas decisiones auto-referentes que juzgan correctas, esta regla puede exceptuarse en casos en los que dichos adultos muestran algún déficit de autonomía, se puede obtener un beneficio objetivo y es plausible que el sujeto tratado paternalistamente hubiera consentido (hipotéticamente) a la medida. El principio de paternalismo justificado es una respuesta a la pregunta de “quién debe decidir” en especiales circunstancias.

2.2. Las condiciones de justificación del paternalismo jurídico

Del anterior apartado se desprende, a mi juicio, que los defensores del paternalismo justificado no son tan brutos como se quiere suponer: una suerte de enemigos de la autonomía. De hecho, todo lo que se ha dicho hasta ahora puede ser visto como una defensa del principio de autonomía y, además, del principio de igualdad, puesto que la ausencia de interferencias paternalistas cuando estas son necesarias produce una consolidación o aumento de las desigualdades.

El principio de paternalismo justificado legitima el ejercicio del poder sobre un sujeto con el fin de evitarle daños (o el aumento de riesgo de daños) de tipo físico, psíquico y/o económico, cuando la tendencia a que dichos daños (o aumento de riesgo de daños) se produzcan está causada, directa o indirectamente, por acciones del sujeto (en sentido amplio, que

incluye actos y omisiones) (ALEMANY, 2005: 273). Dicho ejercicio de poder siempre supone, en última instancia, no respetar la voluntad o las preferencias actuales de la persona que es tratada paternalistamente. Con “actuales” me refiero a que la relación paternalista se construye en un estado de cosas determinado y su necesidad implica que en dicho estado de cosas, dejando al sujeto a su libre albedrío, éste sufriría daños relevantes. Por eso, todo sistema paternalista es un sistema de sustitución de la voluntad de otro, de subrogación. Como señala Atienza, se trata de determinar, a la luz de las circunstancias del caso, quién debe decidir, ya que no se aplica la regla general de que el propio sujeto debe decidir sobre sus asuntos (ATIENZA, 1998: 96). Dicha sustitución puede ser puntual, impelida por un estado de cosas de crisis: por ejemplo, la situación en la que impedimos a un amigo volver a casa conduciendo ebrio. Pero también puede ser mucho más estable: por ejemplo, estableciendo la obligación de comparecer en juicio asistido por un abogado cuando la persona enjuiciada arriesga su libertad o patrimonio. Incluso puede abarcar gran parte del ámbito de las decisiones auto-referentes de una persona: por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad con los niños pequeños o, hasta ahora pero por poco tiempo, el ejercicio de las tutelas sobre personas adultas con discapacidad mental y/o intelectual.

Estas sustituciones se producen también en las curatelas e, igualmente, cabe preguntarse si se producirán en el nuevo sistema de apoyos siempre que la voluntad (o las preferencias) de la persona con discapacidad choque frontalmente con la de la persona que le presta apoyo. Llegamos aquí al cogollo de todo el problema. Veamos primero las condiciones necesarias para un paternalismo justificado y, en el siguiente apartado, nos centraremos en dar una respuesta a esta pregunta sobre el grado de paternalismo que requiere el sistema de apoyos para cumplir sus fines.

Las condiciones de justificación del paternalismo son, básicamente, las mismas que justifican una ponderación entre principios, puesto que de eso se trata precisamente, de ponderar los intereses que los individuos tienen en el respeto de sus decisiones auto-referentes con otros intereses que son precondiciones de la posibilidad de ejercer la autonomía. Así, volviendo al ejemplo del amigo ebrio que quiere conducir de vuelta a casa, el interés que indudablemente tiene en que los demás, aunque sean sus amigos, no interfieran en sus decisiones privadas (dejemos de lado, por mor del argumento, el riesgo de daños a terceros implicados en un caso real) no tiene más peso que el interés en no sufrir la pérdida de la vida o una discapacidad física, o de otro tipo, grave. Así una medida paternalista estaría justificada cuando:

(1) es idónea, esto es, se puede establecer una relación causal entre la medida y la evitación de daños o del aumento del riesgo de daños al sujeto. En nuestro ejemplo, quitarle las llaves, impedir el acceso al coche, es claro que es una medida idónea;

(2) es necesaria, en el sentido de que no está disponible una medida que afecte con menor intensidad a los intereses del sujeto en tomar sus propias decisiones y que sea igualmente idónea. Supongamos que un paciente no quiere saber nada de su diagnóstico y tratamiento, lo cual entraña

ciertos riesgos para su salud. Se plantea una alternativa de intervención: informarle como se haría con cualquier otro paciente, o limitar la información tan solo a los aspectos más esenciales de modo que esos riesgos se eliminen (por ejemplo, el riesgo de no seguir el tratamiento por no ser consciente de la gravedad de la enfermedad). Ambas medidas son idóneas, pero podemos justificar razonablemente que la primera no es necesaria;

(3) es una medida proporcional, en sentido estricto. Se trata de que quepa presentar en favor de la misma argumentos que tengan el suficiente peso para merecer el acuerdo de personas informadas, racionales y razonables. Volviendo al ejemplo del conductor ebrio, se diría que impedirle conducir, cuando su deseo de hacerlo está perturbado por la intoxicación, cuando sabemos que el alcohol opera en el cerebro de modo que genera una fuerte distorsión de la realidad y trastorna gravemente la capacidad (ya de por sí limitada) de percibir riesgos, cuando de no hacerlo puede perder la vida o sufrir otros graves daños en su salud, etc., es una medida proporcionada. Los juicios de proporcionalidad no responden a un modelo de razonamiento lógico-matemático, sino a un modelo argumentativo. Como llevan insistiendo los autores de la argumentación jurídica desde mediados del siglo pasado, los esquemas de razonamiento formales, los argumentos deductivos, son insuficientes para dar cuenta de todo el campo de la racionalidad y, en especial, de la razón jurídica.

(4) Es dable pensar que la persona sobre la que se ejerce el paternalismo estaría de acuerdo, prestaría su consentimiento hipotético, en caso de no estar afectada por un déficit de autonomía. Esta última condición, a la que muchos autores no han prestado atención, es esencial, sin embargo, para un paternalismo justificado, puesto que evita focalizar excesivamente en la evitación de daños olvidando que también cuentan los intereses en la autonomía de los sujetos. El paternalismo médico injustificado con frecuencia surge del olvido de esta condición. Los sanitarios están entrenados para evitar daños al paciente, y para beneficiarlo desde el punto de vista sanitario. Esto les conduce, en ocasiones, a desconfiar de la voluntad del paciente cuando esta es contraria a la prescripción médica, más cuando se trata de problemas de salud graves. E, incluso, puede darse el caso de que el rechazo del paciente muestre elementos de déficit de voluntariedad, información, etc., pero que, sin embargo, exista información suficiente sobre esa persona para sostener que la misma no querría ser objeto de una interferencia paternalista.

3. EL PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO Y EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS

3.1. La resistencia jurisprudencial al cambio de paradigma

La tesis que voy a defender es que un sistema de apoyos a personas con discapacidad mental y/o intelectual, para cumplir eficazmente con su función protectora, debe admitir cierto grado de paternalismo.

A mi juicio, el Comité de NU, entre las instituciones normativas implicadas en esta materia, ha negado radicalmente esta tesis, forzando una interpretación radical de la Convención que ha terminado por imponerse. Como han advertido algunos autores, la Convención puede interpretarse de modo que ni la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, o entre titularidad y ejercicio de la capacidad jurídica, o la justificación de cierto paternalismo queden excluidas (MUNAR, 2018; PEREÑA, 2014; y ATIENZA, 2016). En otro lugar, he criticado por extenso la decisiva Observación de 2014, sobre el art. 12 de la Convención, de la cual trae causa el “cambio de paradigma” en torno al régimen jurídico de la discapacidad (ALEMANY, 2018). Junto al Comité, también las poderosas asociaciones de activistas y algunos departamentos universitarios se han sumado a negar rotundamente que el paternalismo sea un componente ineludible en un sistema razonable de apoyos a las personas con discapacidad (un papel destacado en la difusión de las posiciones del Comité lo juegan centros universitarios como el Instituto Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III, y en el campo asociativo es muy destacable el CERMI)². Sin embargo, mi sospecha es que la mayoría de los juristas cultura están en otra posición, más moderada, si bien parecen desarbolados para su defensa pública.

Creo que la reforma se quiere construir, como decía antes, sobre los principios de la Convención y de su Comité, y en parte se hace, pero solo en parte, puesto que no se alcanza a eliminar totalmente aspectos paternalistas en la regulación, aunque esto implique una incoherencia de fondo que más o menos es detectada por los juristas, quienes han ido evolucionando desde la perplejidad sobre cuáles son los principios de la Convención a la incertidumbre sobre su alcance. Este es un caso en el que la incoherencia con los principios es mejor que la coherencia, dado que los principios son en sí mismos equivocados.

Desde la firma de la Convención, la jurisprudencia se vio enfrentada a tomarse en serio, por decirlo así, el artículo 12 de la Convención y, para ello, lo que hizo fue, en una temprana y conocida sentencia, la sentencia 282/2009, de 29 de abril, de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, reafirmar aquello que hasta ese momento nadie dentro del mundo jurídico había cuestionado: que la tutela, cuando una persona muestra serios déficit de autonomía que le impiden gobernarse a sí misma, no entraña ninguna violación de su dignidad, más bien al contrario se trata de protegerla como persona y garantizar sus derechos. En el trasfondo, estaba la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que ha conformado el tratamiento de esta materia durante siglos.

Desde esta sentencia, la evolución jurisprudencial, como muestra Seijas, ha ido prefigurando los aspectos principales de la reforma

² Así es reconocido por la *Memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto*, elaborada por el Ministerio de Justicia, que refleja que en el trámite de audiencia han sido invitados representantes de CERMI y se han tenido en cuenta, de forma destacada, opiniones y documentos elaborados desde el Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”.

que comento (SEIJAS, 2020). Es perceptible el cambio terminológico, reiterándose con frecuencia la literalidad de la Convención, así como -aunque menos- las observaciones del Comité. Sin embargo, sin negar la transformación en la dirección de considerar a la representación una situación que solo debe ser constituida en situaciones excepcionales, y aceptando el principio de respeto a la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad, se diría que en lo esencial el criterio defendido por Encarnación Roca, en aquella sentencia del 2009 no ha sido rechazado. En la línea de lo apuntado por Seijas, la jurisprudencia hasta ahora ha mostrado la voluntad de suplir la inacción del legislador aplicando directamente la Convención y, por ello mismo, tratando de sustituir las tutelas, e incluso las curatelas, por lo que ha venido a denominarse un “traje a medida”. Pero, en cualquier caso, no porque se piense que hay algo necesariamente discriminatorio en el sistema que se abandona, puesto que su finalidad era la misma que el nuevo: proteger los intereses de la persona con discapacidad mental y/o intelectual en un grado que le impide gobernarse a sí misma. Lo que quiero destacar es que en la práctica desarrollada jurisprudencialmente pervive -bastante claramente- el principio de paternalismo justificado. Véase, el siguiente párrafo de la Sentencia 373/2016, de 3 de junio, en el que a modo de síntesis, sobre la implementación del sistema de apoyos en detrimento del sistema tradicional, se dice lo siguiente:

Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (sentencias 20 de abril 2009; 1 de julio 2014; 13 de mayo y 20 de octubre de 2015), que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones.

Los lineamientos generales de la jurisprudencia hasta el momento no niegan la tesis con la que he comenzado este apartado. ¿Y el actual proyecto de ley de reforma? ¿Consigue ser plenamente fiel a los principios radicalmente antipaternalistas del Comité de NU o consolida una incoherencia que la hace paradójicamente más racional?

3.2. Un antipaternalismo desproporcionado en relación con la discapacidad mental e intelectual

3.2.1. El Preámbulo revolucionario

Para evaluar el grado de antipaternalismo del proyecto de reforma, conviene distinguir entre el Preámbulo de la norma y su articulado. En el Preámbulo de la norma se encuentran numerosas afirmaciones directamen-

te traídas de la ideología del Comité de NU, expresadas la mayoría en la Observación de 2014. Vemos que se mantiene la conexión entre dignidad y respeto a la voluntad y a las preferencias de las personas, entroncándolo con el art. 10 de la CE; única referencia a una norma constitucional en todo el Preámbulo. Esto no es casual, puesto que se operan tres reducciones necesarias para ocultar el déficit de justificación del cambio propuesto: En primer lugar, se oblitera cualquier otro artículo constitucional que pudiera poner de manifiesto los elementos que han de ser ponderados diferentes a la libertad de elección: el derecho a la salud, la protección de la familia, la igualdad real., y también, por otras razones, los principios de mérito y capacidad, etc. En segundo lugar, como he apuntado anteriormente, también se opera un reduccionismo sobre el concepto de dignidad. Tengo muchas dudas acerca de que la idea de dignidad que se maneja sea la misma que corresponde a nuestra tradición constitucional y, concretamente, del tronco común de constitucionalismo que surgió a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y se desarrolló, con gran éxito, en los países de Europa occidental. Una idea de dignidad más vinculada al concepto kantiano de la misma que al concepto anglosajón y que tendría su fuente en Locke³. Y, en tercer lugar, pero no menos importante se obvia la referencia, que debería ser obligada, al artículo 49 de la Constitución española, el cual, recordemos, dispone lo siguiente: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Artículo, que por no encajar en el modelo social de la discapacidad (ni con el nuevo lenguaje de la discapacidad), y sí con el denostado modelo médico o rehabilitador, parece haber dejado de ser aplicable; todo un desafío para nuestra doctrina constitucional.

De acuerdo con la concepción kantiana, la dignidad de una persona solo sería violada cuando no se la trata como un fin en sí mismo y se la instrumentaliza totalmente. Cuando el paternalismo se ejerce de forma justificada, toma a la persona sobre la que se ejerce como un fin en sí mismo. Si el paternalismo, como he sostenido en diversas ocasiones, es siempre un ejercicio de poder, se trataría de un poder que no se ejerce para el bien del

³ Atienza explica que la noción de «dignidad» que está detrás de las declaraciones constitucionales es la kantiana, enunciada en el famoso imperativo de «obrar de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio». Atienza ha llamado la atención en numerosas ocasiones sobre la importancia de la palabra «solamente» en este enunciado, porque Kant asume que las personas entablan relaciones en las que unos son medios para los intereses de los otros, la cuestión es que no pueden ser puramente instrumentalizadas. Parece ser que Kant, nos explica este autor, entendió la dignidad de las personas a partir de la idea jurídica de cosas que no pueden ser objeto de apropiación, una categoría del *Corpus iuris civilis* que incluía a las cosas «sagradas» como las murallas o las puertas de la ciudad. De donde se sigue que la persona, como fin en sí mismo, no puede ser objeto de apropiación siquiera sea por su portador. Esta concepción se opone a la liberal o «neoliberal» según la cual «cada uno es dueño de su propia persona y puede hacer de su vida, de su propio cuerpo, lo que se le antoje»

que lo ejerce, sino por el bien de la persona sobre la que se ejerce. Salvo que se sostenga la muy discutible tesis de que esto último no es posible -es decir, que no cabe la posibilidad real de un poder benevolente- no se ve cuál es la conexión necesaria entre paternalismo y trato indigno. De hecho, nadie de buena fe puede sostener esta tesis por la sencilla razón de que el paternalismo ejercido sobre los niños (al menos, sobre los niños pequeños) se considera universalmente justificado. Y aquí llegamos a un punto crítico de esta reforma: la analogía entre los menores y los adultos que padecen alguna deficiencia mental y/o intelectual que determina un déficit en su capacidad para tomar decisiones autónomas.

¿Por qué está justificado el paternalismo con los niños? La respuesta parece obvia: porque son niños. Sin embargo, tiene sentido volver a preguntar: ¿y qué característica tienen los niños que les haga necesitados de ser tratados paternalistamente? La respuesta sigue siendo casi tan obvia: por su inmadurez, porque carecen de ciertas capacidades para formar un juicio atinado sobre la realidad y una voluntad que satisfaga sus intereses más esenciales. Entonces, el paternalismo con los niños no se justifica simplemente porque tengan tal o cual edad, sino porque asociado al hecho de tal o cual edad, de forma general, se constatan unos déficits importantes de capacidad. Durante la gestación y los primeros meses de la vida del ser humano, este requiere de todo tipo de cuidados, en pocas especies sus miembros nacen tan vulnerables y necesitados del cuidado; el paternalismo empieza, sin embargo, un poco más adelante, conforme los niños son capaces de formar y expresar una voluntad, una preferencia: por ejemplo, el gusto por los dulces y el disgusto por las verduras. Al contradecir esa voluntad empezamos a ejercer el paternalismo.

¿Qué ocurre cuando una patología provoca que un sujeto mayor de 18 años muestre, sin embargo, los mismos déficits de capacidad que corresponden a un niño pequeño? Dado que la edad por sí misma no puede justificar el paternalismo, sino por lo que ella conlleva en términos de capacidades, entonces habría que aplicar la regla de universalización de los juicios (una regla de racionalidad insoslayable), de acuerdo con la cual “se debe tratar de forma semejante a los casos semejantes y de forma diferente a los casos diferentes”. Así que la verdadera discriminación se produciría cuando, en una situación determinada, se trata por igual a dos personas adultas, cuando ambas deben tomar decisiones para las que solo una de ellas muestra serios déficits de capacidad. Cabe poner un ejemplo que atañe a la mayoría de los adultos: en relación con la legislación hipotecaria y las prácticas bancarias, la inmensa mayoría de la población es incompetente para juzgar si el contrato que firma es adecuado, sesgado a favor del banco, abusivo, claramente ilegal, etc.; se trataría de un caso de incompetencia relativa a ese ámbito de decisión. Pues bien, tratar a los inexpertos ciudadanos igual que se trataría a expertos es lo que hicieron los bancos durante las décadas anteriores a la crisis. Podría decirse que los bancos trataban a sus clientes como un igual. El problema es que no lo eran: este comportamiento resultaba tan anti-paternalista como injustificable.

En el Preámbulo, por el contrario, se mantiene esta pretendida ruptura categorial entre el tratamiento de la minoridad y el tratamiento de la discapacidad mental y/o intelectual. Se sigue la línea de la Observación de 2014 del Comité, el cual pretendía que la analogía correcta para entender la situación de las personas con discapacidad mental y/o intelectual era con la discriminación de las mujeres y de las personas de raza negra. Así que imponer una representación a una persona con discapacidad mental es lo mismo que, por ejemplo, en el sistema machista tradicional, imponer a una mujer la representación por parte de su marido. ¿Y la analogía con los menores de acuerdo con la Observación? Un insulto. Todo esto, claro, se dice en la niebla espesa que se levanta cuando se da por supuesto un tratamiento uniforme a todas las formas de discapacidad; porque muchas de estas cosas tendrían sentido en relación con las personas que padecen de discapacidad física o sensorial (que son quienes en su inmensa mayoría constituyen los diversos comités y asociaciones que quieren representar, ahora sí válidamente, los intereses de todos los discapacitados por igual, incluidos los de las personas con discapacidad mental y/o intelectual). Y se pueden decir en la niebla más espesa aún que se levanta cuando se da el paso de apreciar los componentes sociales que son relevantes en el fenómeno de la enfermedad y la discapacidad, a sostener una concepción de la enfermedad y la discapacidad como un mero constructo social.

Desde este punto de vista, el del constructivismo social, la analogía entre discapacidad y minoridad no es, efectivamente, aceptable (siempre que se mantenga la "naturalidad" de la infancia). En el modelo social, de un lado, tenemos algo que se llama "deficiencias", pero que en definitiva son formas de ser diversas en el mundo, expresiones de una diversidad funcional y, de otro lado, tenemos las "barreras"; entre ellas, la más importante es la estigmatización social de las personas que muestran esas deficiencias etiquetándolos como enfermos, incapaces, etc., y, a partir de ahí, merecedoras de un trato "discriminatorio". La tarea es levantar las barreras: si una persona no puede andar, pero sí puede moverse, necesita que se le proporcione una silla de ruedas y que se eliminen los obstáculos para circular con la misma; se trata de construir una rampa que le permita lograr sus objetivos en condiciones de igualdad⁴.

⁴ Una explicación y defensa del modelo social se encuentra en Palacios, 2008: 31 y 32, esta autora explica: el modelo social "es el resultado de los esfuerzos del movimiento de las propias personas con discapacidad, quienes a mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado comenzaron a plantearse ciertas estrategias de lucha frente a la situación de opresión social en la que se consideraban inmersas. Desde dicho paradigma se considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino que son preponderantemente sociales. Esto significa que —más allá de las diversidades funcionales de las personas— la discapacidad es el resultado de una sociedad que no se encuentra preparada ni diseñada para hacer frente a las necesidades de todos y todas, sino solo de determinadas personas, que —casualmente— son consideradas personas estándar". En general, como señalé anteriormente, desde el ámbito académico es muy destacable como posición favorable al "cambio de paradigma", y contraria a la que vengo sosteniendo, la del grupo vinculado al Instituto Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid. Patricia Cuenca, colega que participa en este mismo número colectivo, se ha manifestado con mucha claridad a favor de la interpretación de la Convención hecha por el Comité: "A mi modo de ver -explica Cuenca-, esta Observación plasma claramente el enfoque de derechos y el modelo social de tratamiento de la discapacidad aplicándolo de manera consistente al ámbito de la capacidad jurídica superando, así, su tradicional abordaje desde la perspectiva asistencialista y el modelo médico", en Cuenca, 2018: 85

En diversas ocasiones, he criticado a esta filosofía postmoderna del constructivismo, la cual de manos de la nueva (y destructiva) pedagogía goza de tan buena salud dentro de la academia. Cuanto menos, se trata de una gruesa exageración de esos aspectos sociales que están vinculados al surgimiento de la enfermedad y a las consecuencias de la misma. Afortunadamente, nadie se toma en serio el concepto constructivista de la enfermedad y la discapacidad en los hospitales, que manejan un concepto biomédico de las mismas (ese que el Comité considera caduco). Paradójicamente, mientras unos grupos reclaman el derecho a ser considerados “enfermos” (por ejemplo, los dipsómanos), otros parecen reclamar el derecho a no ser tratados (¿insultados?) como enfermos. De alguna manera, la idea de fondo es la vieja concepción de la enfermedad como mal moral⁵. Pero ahora, tan solo quiero sostener lo siguiente: cuando se trata de algunas deficiencias mentales y/o intelectuales, de cierta gravedad, la barrera que encuentran para poder salvaguardar sus intereses muchas veces tiene la forma de la ausencia de una interferencia paternalista, de la no sustitución del consentimiento, de la no representación; el paternalismo justificado es la “rampa” que, en ocasiones, necesita la persona con discapacidad mental y/o intelectual.

Por supuesto, como ya hemos señalado, encontramos en el Preámbulo totalmente asumida la tesis del Comité de NU de que la distinción jurídica tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, con la posibilidad de graduar esta última, según las capacidades reales del sujeto (en sentido fáctico), para manejar sus derechos y obligaciones, constituye, aplicada a los adultos, un gravísimo atentado a la dignidad: “una capacidad -dice nuestro legislador- que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse” (Preámbulo, III). Me pregunto, entonces, si debemos concluir que cuando se les atribuye una menor capacidad de obrar a los menores, se les está negando su carácter de persona humana.

En la misma línea, de homologar todo este tema de la discapacidad con los problemas de discriminación sexual o racial, en lugar de con los problemas de la minoridad, vemos que se afirma apodóticamente que la “prodigalidad” es una institución “absolutamente” ajena a la discapacidad.

Las instituciones pueden ser vistas, de una forma reduccionista en mi opinión, como un puro conjunto de normas, de modo que el concepto “prodigalidad”, como señalaba Alf Ross, sería una especie de palabra mágica,

⁵ Esta concepción está presente en todas las fases del pensamiento médico pre-científico, en la medicina mágica, en la que la enfermedad aparece como una consecuencia de la culpa y del pecado, y también en algún pensador moderno como Rousseau, que la vincula a la corrupción que la civilización ejerce sobre el animal humano; véase, Riese, 1953.

un “tû-tû”, decía este autor, que carece de referencia empírica ninguna, en la realidad, pero que resume de forma eficaz el conjunto de normas que disponen qué circunstancias deben darse para que haya “prodigalidad” y que consecuencias se siguen de que haya “prodigalidad” (Ross, 1976). Visto así, basta con cambiar las normas para que cambie la institución y no hace falta más que conocer las normas para entender la institución. La otra concepción de las instituciones es más rica: además de las normas jurídicas, las instituciones tendrían otros componentes normativos de tipo moral y axiológico, así como referencias en la realidad de lo que se entiende socialmente como un comportamiento pródigo, etc.

De cualquier modo, en una u otra concepción, parece ridículo afirmar que la “prodigalidad” no tiene “absolutamente” nada que ver con la discapacidad. En la primera concepción, porque las prodigalidades constituyen limitaciones en la capacidad de disponer de las personas, limitaciones que, aunque no de forma exclusiva ni dominante, también han sido justificadas de forma paternalista, para evitar daños económicos graves. En la segunda concepción de las instituciones, todavía sorprende más que se marque esta diferencia absoluta entre prodigalidad y discapacidad porque como cualquier experto en salud mental, psicólogo o psiquiatra sabe, la raíz de muchos comportamientos que se conceptualizan como de “prodigalidad” son trastornos de la conducta.

3.2.2. Un articulado algo más razonable

No sería prudente por mi parte tratar de criticar la reforma en cuanto al conjunto de reglas precisas, para lo que están mejor cualificados los especialistas de cada una de las materias afectadas. Pero, también en relación con la regulación articulada, como es bien sabido, cabe derivar una serie de principios operativos. Así, en el artículo 249 del Código civil, en la redacción que propone la reforma, se hace un resumen de los principios de la misma que han de inspirar directamente al resto de las reglas. Afortunadamente, aquí la razón jurídica se muestra más resistente a la irracionalidad conceptual y axiológica del Comité de NU, por lo que no encuentro tantos motivos para la crítica.

El principio de unidad de tratamiento de la discapacidad, uno de los principales errores del “nuevo paradigma”, se mantiene pero solo nominalmente; debemos pensar que toda la reforma se aplica a personas cuya discapacidad conlleva déficits relevantes de autonomía. El segundo principio fundamental es el de la excepcionalidad de la representación tuitiva: de lo que se trata es de limitar al máximo las medidas de representación, de otorgarle un carácter excepcional *ex lege*. La tutela, como ya se ha reiterado, desaparece y la curatela establecida judicialmente se restringe de modo que solo puede ser dispuesta cuando sea necesaria la intervención continuada, con carácter temporal, de forma proporcionada y personalizada (MUNAR, 2018: 133-134). Y el tercero principio es el de la previsión de

mecanismos de auto-curatela y la preferencia por los mismos, los cuales, como vamos a ver a continuación son supuesto de “auto-paternalismo”.

Anteriormente, me he referido al razonamiento ponderativo como modelo de justificación del paternalismo. En dicho razonamiento, una de las fases es la llamada ponderación en sentido estricto, que es el núcleo de la valoración de la situación concreta que se plantea en relación con el conjunto de principios que se asumen como válidos. Alexy ha insistido en la importancia, a la hora contrapesar los principios en juego, de lo que él llama “peso abstracto” de los principios. Con ello se refiere a que en un determinado orden constitucional algunos principios pueden tener como punto de partida un peso mayor, una mayor importancia, que otros, aunque ello no les otorgue una ventaja invencible (ALEXY, 1989). En la cultura jurídica estadounidense, por ejemplo, se diría que el principio de libertad individual tiene un mayor peso que en la tradición jurídica europea continental. De ahí, que en la cultura jurídica norteamericana el paternalismo sea más difícil de justificar por el extraordinario peso que le otorgan al que cada uno actúe libremente y se responsabilice de las consecuencias de esa libertad. En Europa occidental la ideología jurídica va (o iba) por otros derroteros: por ejemplo, la detracción obligatoria de una parte del salario para la prevención de contingencias comunes y por enfermedad no suele ser considerada un atentado a la libertad individual (en este caso, la libertad de contratar o no un seguro de salud). Pues bien, lo que hace la reforma es otorgar un peso abstracto extraordinario al principio de autonomía: en concreto, al valor de tomar decisiones privadas cuando quien las toma es una persona adulta que “padece” una discapacidad mental y/o intelectual. El cambio, en todo caso, no hace desaparecer del horizonte axiológico al principio de paternalismo justificado aunque lo debilita enormemente.

Esta reforma, como vengo insistiendo, responde a un cambio que se ha forzado desde arriba, a partir de la Convención y la cascada de instrumentos normativos que han ido introduciendo el llamado “cambio de paradigma”. Pero, al final, y dado que se impone la realidad de que resulta imposible eliminar el paternalismo justificado, la pregunta es si al otorgar un peso abstracto tan fuerte al principio de no interferencia en la libertad individual de los adultos, la aplicación del conjunto de las nuevas reglas producirá un cambio favorable o no en la situación de las personas con discapacidad mental y/o intelectual. Olvidemos por un momento los principios y miremos a las consecuencias.

Se diría que en el sistema tradicional que se quiere dinamitar, se daban, en cuanto a la representación tutelar o por curatela, demasiados falsos positivos (se limita injustificadamente la libertad de una persona por razones paternalistas) y, es de esperar, correlativamente se daban pocos falsos negativos (no se limita la libertad de una persona cuando debería hacerse por razones paternalistas). Así lo ha afirmado Cuenca, firme defensora de la revolución del artículo 12: “el tratamiento tradicional de las personas con discapacidad en la teoría de los derechos -sostiene esta autora- justifica un paternalismo excesivo que genera sobreprotección y restringe arbitra-

riamente su autonomía” (CUENCA, 2012: 115). Afirmación que no parece requerir de soporte alguno en los hechos, lo cual nos debe llevar a pensar que para el “modelo social” los daños auto-infligidos que pueden sufrir las personas con discapacidad mental y/o intelectual, en ciertas situaciones, son también una construcción social (recuérdese la segunda interpretación a la tesis de Mill sobre que los individuos son siempre los mejores jueces de sus propios intereses, a la que aludí más arriba)⁶. Ahora, con la reforma, debería ocurrir lo contrario, se minimizan los falsos positivos y se asume un probable aumento de falsos negativos.

Podemos imaginar que se trata de una escala en la que en un extremo encontramos un sistema muy favorable al paternalismo y en el otro extremo muy desfavorable; a favor en un lado, en contra en el otro. La pregunta es hasta dónde ha movido el legislador el dial hacia el lado “contra paternalismo”. Indudablemente lo ha movido y creo que mucho. El que yo no comparta en absoluto las razones de principio por las que se ha hecho, no implica que pueda aceptar que el sistema que teníamos mereciera un ajuste en esa dirección. De hecho, la reforma podría ser funcional a pesar del desorden e incoherencia conceptual y axiológica que subyace a la misma (esto no suele ocurrir). Dicho de otro modo, la reforma podría tener malas consecuencias normativas (al introducir numerosas inconsistencias e incoherencias en el sistema jurídico) y buenas consecuencias fácticas al proteger más eficazmente los intereses de las personas con discapacidad mental y/o intelectual (insisto, algo que no suele ocurrir: el mal derecho suele provocar malas consecuencias sociales).

Algunos nuevos artículos resultan radicalmente anti-paternalistas: por ejemplo, el 264 del Cc. cuando establece que “los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias”. O el artículo 268 del Cc., cuando dispone que las medidas judiciales “atenderán en todo caso a su (de la persona con discapacidad) voluntad, deseos y preferencias”. Otros, como el 765 de la LEC, muestran cierta ambivalencia anti y pro paternalista: “solo procederá la adopción de medidas judiciales de apoyo -leemos- si no se hubieran establecido con carácter previo por el interesado o si las hubiera establecido no se consideraran válidas y suficientes”. Pero, en general, en el proyecto de reforma se señala innumerables veces que “la voluntad, deseos y preferencias” de la persona que se trata de apoyar (de proteger) aparece como un límite a cualquier interferencia y, en particular, a la representación.

Tradicionalmente, pensaríamos que cuando se habla de “voluntad, deseos y preferencias” se mantiene la distinción entre la *simple* expresión de

⁶ He seguido el hilo de las citas de Cuenca, con alguna dificultad, sobre este punto, para confirmar mi conclusión de que cuando habla de “paternalismo excesivo” no hace un juicio descriptivo de cómo es el mundo, sino que es la conclusión de sus propios puntos de partida teóricos: el paternalismo no puede no ser excesivo en su concepción del enfoque de los derechos en la discapacidad.

los mismos y una expresión *válida*. Si se trata de la *simple* expresión, entonces la pregunta es qué valor puede tener dicha “voluntad, deseos y preferencias” cuando la persona que las expresa padece una grave enfermedad mental, por ejemplo una demencia senil, que la pone en una situación de, por decirlo en términos conocidos, incapacidad de autogobernarse. Si se trata de una “voluntad, deseos y preferencias” válidamente emitidos, entonces muy justificadamente deberían evitarse las interferencias paternalistas, pero, si así fuera, la reforma carecería de sentido. El dial volvería de nuevo en dirección al polo “a favor del paternalismo”.

Hay una tercera opción, la cual me temo que puede estar en la mente del legislador, y es que, para este tema de la regulación de la discapacidad, la distinción entre consentimiento simple y consentimiento válidamente prestado está superada, no se aplica. Se llega así a una doctrina de la autonomía en el ejercicio de los derechos que es, en mi opinión, cuanto menos paradójica: el paternalismo sería siempre una discriminación cuando se ejerce sobre personas con discapacidad mental y/o intelectual en razón de los déficits de capacidad que causan dicha discapacidad, pero no lo sería necesariamente cuando se ejerce sobre personas que no padecen discapacidad mental y/o intelectual⁷.

Es difícil aventurar, como he señalado, los concretos efectos sociales que la reforma tendrá sobre las personas con discapacidad mental y/o intelectual. Mi sospecha es que va a ser perjudicial para los casos de personas que verdaderamente necesitarían de medidas paternalistas y, en particular, de la representación. Más bien parece que terminarán siendo las víctimas que todo cambio revolucionario genera: algo que sí que plantea problemas con el principio de dignidad. Recientemente, he hecho una defensa por extenso de la representación en este contexto (ALEMANY, 2020). En resumen, me parece desproporcionada la exigencia de excepcionalidad que se está imponiendo para negarle validez a una declaración de voluntad. Igualmente, resulta preocupante la tendencia a desentenderse de las consecuencias del ejercicio de los derechos para el titular de los mismos, cuando estos son de carácter personal, por contraposición a los patrimoniales. Por ejemplo, en cuanto al matrimonio de las personas con discapacidad, como explica Múrtula, ya se ha producido un notable cambio (MÚRTULA, 2019). Así, la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*, tras la reforma introducida por la *Ley 4/2017, de 28 de junio*, con el propósito de favorecer el matrimonio de las personas con discapacidad, dispuso la siguiente redacción del art. 56 del Código Civil: "El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los

⁷ Me pregunto si es esto lo que sostiene Cuenca cuando afirma que las personas con discapacidad “también pueden ser sujetos de medidas paternalistas, pero nunca por razón de discapacidad y, por tanto, en las mismas situaciones y con las mismas garantías que el resto de los ciudadanos” (Cuenca, 2012: 129)

derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo *evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*" (la cursiva es mía) Para Múrtula, se trataría aquí de una especificación de lo que la Convención ya prevé y en consonancia con algún posicionamiento del Tribunal Supremo ya totalmente sumergido en el "nuevo paradigma" (STS 145/2018, de 15 de marzo): al tratarse del ejercicio de derechos vinculados al libre desarrollo de la personalidad, habría poco que oponer a una voluntad manifestada de la que no quepa descartar del todo que tenga un atisbo de validez.

Para terminar este apartado, quiero referirme al otro principio de la regulación mencionado: la preferencia por las formas de auto-curatela. Se trata de formas de "auto-paternalismo". En realidad, todo paternalismo jurídico en el contexto de una democracia puede ser categorizado como un supuesto de "auto-paternalismo". Si una mayoría de la población quiere que se refuerce la motivación para llevar el casco en la moto por medio del establecimiento de una obligación jurídica, respaldada por sanciones, creo que tiene legitimidad para hacerlo y la minoría discrepante no tiene derecho a frenar la puesta en marcha de tal mecanismo de protección. Como señaló Elster, entre otros, el paternalismo responde a una concepción de la racionalidad que podríamos denominar "imperfecta", la cual toma a los seres humanos tal y como son y no admite una idealización de los mismos (ELSTER, 1989). Si fuéramos perfectamente racionales, no necesitaríamos una norma que obliga a llevar el casco en la moto; pero como no somos totalmente irracionales, concebimos y ponemos en marcha mecanismos para favorecer el comportamiento prudente. Del mismo modo, y en contra del fuerte carácter identitario que se le quiere dar al tema de la discapacidad y de la enfermedad, para todos la discapacidad forma parte existencialmente de nuestras vidas y, por ello, todos estamos interesados en poder definir mecanismos de protección para el caso en el que nos veamos afectados por una discapacidad (muy probable, dado el aumento de esperanza de vida, que no va acompañado de la esperanza de años con mayor calidad de vida).

Una forma elegante de explicar el auto-paternalismo es con el famoso pasaje de Ulises y las sirenas. Ulises, con fama de astuto, consigue evitar el riesgo naufragar, obligando a la tripulación a atarlo al mástil y a taparse los oídos con cera para no oír los cantos de sirena. Ulises les advierte de que les ordenará que lo desaten, pero no deben hacerlo: esto es, Ulises les ordena que no hagan caso de sus órdenes mientras se navega por aquellas peligrosas aguas.

Como he dicho, hasta cierto punto, todo el paternalismo jurídico en democracia es una suerte de auto-paternalismo, pero es cierto que los "contratos Ulises" operan en otro nivel. La reforma dispone de numerosas

normas orientadas a hacer posible jurídicamente las ataduras auto-paternalistas. Lo que quiero destacar es que los *contratos Ulises* son formas de paternalismo que encuentran una justificación especial y de mayor peso, pero cuya dinámica es similar a las interferencias paternalistas de otro tipo. De hecho, no se pueden aislar de un contexto de fuerte paternalismo orientado a salvaguardar los fines del mismo contrato: proteger a una persona de su propia, futura y previsible incapacidad para gobernarse a sí misma. No equivalen a contratos de mandato, ni a testamentos, precisamente por su naturaleza paternalista. Creo que en este punto el legislador está acertado. El porcentaje de población que padecerá alguna forma de discapacidad de tipo mental y/o intelectual es cada vez mayor. Es plausible pensar que estos mecanismos de auto-paternalismo nos permitirán evitar algunos riesgos serios, adoptando ciertas decisiones cuando gozamos de nuestras plenas capacidades, para el bienestar de la persona que seremos cuando padezcamos alguna limitación o merma de las mismas.

4. A VUELTAS CON LO POLÍTICAMENTE CORRECTO

He terminado el anterior epígrafe refiriéndome al “goce” de las capacidades y al “padecimiento” de las discapacidades. De donde se sigue que considero a la discapacidad un mal. Del mismo modo que considero que son un mal la enfermedad, el dolor o la muerte. De aquí no se sigue que los discapacitados sean malos, como tampoco lo son los enfermos o las personas que padecen dolor o que mueren. Muy al contrario, quienes se toman como un insulto mis afirmaciones están confundiendo el mal físico con un mal moral y cayendo en la vieja concepción de la enfermedad (y de los enfermos) a la que antes aludí, que tanto juego ha dado a verdaderas políticas de discriminación. Ni siquiera se sigue de lo que digo que la enfermedad o la discapacidad no puedan tener efectos beneficiosos en balance para una persona en particular: numerosos son los casos de personas que se convierten en ejemplos morales o que tienen vidas plenas a partir de la experiencia de la enfermedad y la discapacidad. Pero el que un mal se pueda superar o nos impulse a superarnos no hace que se convierta en un bien.

Intentamos evitar que las personas sufran accidentes o enfermedades que les provoquen discapacidades, porque consideramos que estas son malas. Intentamos compensar las discapacidades porque consideramos que son desventajas. Sancionamos a quienes causan una lesión injustificadamente a otros porque consideramos que les dañan. Etcétera. Y nada de esto implica que afirmar de alguien que está enfermo o es discapacitado es una forma de insultarlo. Muy al contrario, la enfermedad y la discapacidad son condiciones existenciales del ser humano, a todos nos atañen, forman parte de la experiencia de lo que somos y todos, tarde o temprano, nos encontramos sumidos en la misma.

La concepción biomédica de la enfermedad y de la discapacidad, la concepción científica, no se opone a la concepción social de la enfermedad y la discapacidad (piénsese en la disciplina de la medicina social), se opone al denominado “modelo social”. Y la defensa de este tan discutible modelo parece requerir del refuerzo de la coacción de lo políticamente correcto. Ponerlo en cuestión -se pretende- es una falta de respeto para las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, Asís, comentando los argumentos que suelen aducirse en favor de la incapacitación (entre ellos el paternalista), concluye que “todos ellos expresan una minusvaloración de determinadas personas” (Asís, 2013: 46). Propongo llamar a este tipo de argumentos la *falacia del insulto*.

Todas las falacias son formas argumentativas de desviar la cuestión. La falacia del insulto es compleja. De un lado, se pretende que quien pone en cuestión ciertas tesis lo que está haciendo verdaderamente es argumentar *ad hominem* cuando no es el caso (“cualquier cosa que digas que contradice nuestras tesis es algo que dices contra nosotros”). De otro lado, es un tipo de *falacia ad báculum*: “dado el ambiente general de coerción en el discurso, si te atreves a ir contra nuestras ideas te expones a un castigo”. Las falacias son también enredos y terminan generando paralogismos (errores frecuentes en la argumentación, pero que ya no son intencionados), creándose una maraña de la que resulta muy difícil liberarse. Yo creo que en este tema del derecho, los derechos y la discapacidad estamos enredados. La salida seguramente es volver a centrarse en la discusión de argumentos y renunciar al uso de esta *falacia del insulto*, por más que sea tentador beneficiarse de su fuerza.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., 2006: “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, en *Derechos y libertades*, 16: 57-82.
- ALEMANY, M., 2005: “Sobre el concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28: 265-303.
- ALEMANY, M., 2006: *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel.
- ALEMANY, M., 2017: “Paternalismo”, *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, 12: 199-209.
- ALEMANY, M., 2018: “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52: 201-222.
- ALEMANY, M., 2020: “Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual”, *Práctica de Tribunales*, 145: 1/17.
- ALEXANDER, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Atienza, M., e I., Espejo, Madrid, CEC.
- ÁLVAREZ ORTEGA, M., 2010: “Repercusiones jurídico-políticas de la interdicción lingüística: tabú, censura y corrección política”, *Estudios de Deusto*, 58 (2): 323-341.
- ASIS, R., 2013: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson.
- ATIENZA, M., 1998: “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, 8: 75-99.
- ATIENZA, M., 2016: “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Ius et Veritas*, 53: 262-266.
- CAMPOY CERVERA, I., 2004: «La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978», en CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS, A (eds.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, págs. 145-207.
- CUENCA, P., 2012: “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, 158: 103-137.
- CUENCA, P., 2018: “Reflexiones sobre el Anteproyecto de la reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en *CEFD*, 38: 82-101.
- DWORKIN, G. 1971: “Paternalism”, en WASSERSTROM, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, Belmont, Wadsworth Publishing Co.
- ELSTER, J., 1989: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, FCE.
- FEINBERG, J., 1986: *Harm to Self (The Moral Limits of the Criminal Law)*, Nueva York, Oxford University Press.

- GARZÓN VALDÉS, E., 1988: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 5: 155-173.
- KAHNEMAN, D. 2011, *Thinking, Fast and Slow*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux.
- MILL, J. S. 1999: *Sobre la libertad* (trad. Pablo de Azcárate), Madrid, Alianza Editorial.
- MUNAR BERNAT, P. A., 2018: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", en *Revista de Derecho Civil*, V (3): 121-152.
- PALACIOS, A., 2008: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Cermi,
- PEREÑA VICENTE, M., 2014: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", en *Revista de Derecho Privado*, 4: 3-40.
- RIESE, W. 1953: *The Conception of Disease. Its History, its versions and its nature*, Nueva York, Philosophical Library.
- RITZER, G., 1996: *La McDonalización de la sociedad: Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, Barcelona, Ariel.
- ROSS, A., 1976: *Tú-Tú*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- SARTORI, G., 1998: *Homo Videns. La sociedad teledirigida*, México, Taurus.
- SEIJAS, J.A., 2020: "La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad: posturas de nuestros tribunales y perspectivas de futuro", *Práctica de Tribunales*, 145: 1/15.
- SHAPIRO, J. 1994: *No Pity: People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Nueva York, Random House.
- THALER, R. H. y SUNSTEIN, C. S. 2009, *Un pequeño empujón (Nudge)*, Madrid, Taurus.